

DEFLAZIONE E OBBLIGHI DI PENALIZZAZIONE DI FONTE UE*

di Antonio Gullo

Abstract. *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE sono concetti antinomici? In altre parole, i vincoli di penalizzazione di fonte UE sono una causa dell'inflazione penalistica che affligge il nostro sistema e che è stigmatizzata in tutte le occasioni di dibattito pubblico?*

Il lavoro si propone di dare risposta a tali quesiti, guardando certo agli obblighi di penalizzazione previsti dal nuovo assetto delineato dal Trattato di Lisbona, ma non dimenticando gli obblighi di tutela adeguata che continuano a rappresentare una via 'silenziosa' di ingresso di nuove fattispecie di reato nel nostro ordinamento.

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento del tema. – 2. L'evoluzione del "diritto comunitario" in materia penale: un rapido sguardo. – 3. La prima faccia del problema: obblighi di penalizzazione di fonte UE e inflazione penalistica. – 4. (Segue): gli strumenti di trasposizione interna degli obblighi di fonte UE: dalla legge comunitaria alla legge di delegazione europea. – 5. La seconda faccia del problema: obblighi di penalizzazione di fonte UE e processi di depenalizzazione. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Premesse e inquadramento del tema.

Non posso che esordire ringraziando i Professori Mauro Catenacci ed Enrico Mezzetti per avermi invitato a partecipare a questo importante convegno e per avermi affidato un tema così delicato e stimolante.

La sessione di oggi pomeriggio affronta a ben vedere l'area tematica generale delle prime due sessioni di questa mattina da un particolare angolo prospettico: quello della incidenza del diritto dell'Unione sul diritto penale interno.

A essere comune a tutte le sessioni sin qui svoltesi è il 'nemico': l'inflazione penalistica.

Se nella prima parte ci si è preoccupati di vedere come essa possa essere fronteggiata attraverso meccanismi di deflazione sul piano processuale, improntati alla logica della depenalizzazione in concreto (l'istituto della particolare tenuità del fatto come rimedio a carattere generale), per poi passare a vagliare la capacità di resa che un

* Il presente scritto riproduce il testo, con alcuni ampliamenti e con il corredo delle indicazioni bibliografiche essenziali, della relazione tenuta al Convegno sul tema «Dall'emergenza alla "deflazione": il sistema sanzionatorio dopo la l. 28.04.2014, n. 67» svoltosi presso l'Università di Roma Tre in data 26-27 marzo 2015. Il lavoro è destinato alla pubblicazione negli atti del convegno.

intervento di depenalizzazione in astratto è in grado oggi di offrire, adesso è venuto il momento di rivolgere l'attenzione 'oltre frontiera', e verificare in che misura l'attuale stato dell'arte della nostra legislazione – e nella specie la sua tendenza all'ipertrofia – sia dovuta alle fonti sovranazionali.

L'argomento è naturalmente ad ampio spettro; ma limiterò qui l'attenzione, come suggerito chiaramente dal titolo della mia relazione, alle fonti UE.

Il 'nemico' si identifica con un numero. Da alcuni anni oramai circola l'impressionante cifra di 35.000 per fotografare la mole di fattispecie criminose presenti nel nostro ordinamento: tratta dal rapporto elaborato il 19 settembre 2012 dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks¹, essa è stata poi ampiamente richiamata in atti parlamentari e in rilevanti documenti istituzionali – la relazione sull'amministrazione della giustizia presentata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012 dal Primo Presidente della Corte di Cassazione². Anche se probabilmente tale cifra – alla luce anche delle rilevazioni statistiche elaborate nel corso degli ultimi lavori delle Commissioni ministeriali incaricate di predisporre progetti di depenalizzazione o di riforma del sistema sanzionatorio – sembra non trovare riscontro nei dati reali, è fuori dubbio che la sola esigenza di ricorrere, a cadenza periodica, a 'campagne' di depenalizzazione dimostra come la temporanea opera di deflazione normativa, posta in essere da detti interventi, sia destinata ad essere compromessa, se non proprio neutralizzata, dall'impegno del legislatore nell'introdurre sempre nuove figure di reato.

Si tratta allora di vedere che ruolo giochi in questo scenario il diritto dell'Unione.

La traccia della relazione a me affidata forse suggerisce una soluzione o meglio evoca una suggestione che vorrei subito mettere a nudo. L'accostamento operato tra deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE sembrerebbe richiamare un rapporto, se non proprio antinomico, quanto meno di *frizione* tra i due termini.

L'opera di deflazione del sistema penale positivo andrebbe incontro, insomma, a un ostacolo ulteriore, rappresentato dalla capacità di penetrazione del diritto di fonte UE nel nostro ordinamento.

Mi sembra dunque utile giocare subito a carte scoperte: l'idea sottesa al titolo assegnato alla mia relazione è probabilmente che i continui *inputs* di penalizzazione, ma direi più in generale a carattere punitivo, promananti dalle istituzioni dell'Unione renderebbero difficile, se non proprio vana, una duratura opera di deflazione. Il rimprovero che si muove così alla 'piccola' Europa è infatti quello di 'sollecitare' attraverso una progressiva estensione delle proprie competenze – ma oggi, come vedremo meglio, obbligare in senso proprio – il legislatore interno a ricorrere sempre più di frequente all'arma della pena.

Il rimprovero in verità non è nuovo e spesso si lega a quello relativo al *deficit* di democraticità che classicamente contraddistinguerebbe le relative istituzioni, nonché a

¹ V. p. 8 del rapporto pubblicato, consultabile cliccando [qui](#).

² V. p. 59 della relazione, consultabile cliccando [qui](#).

quello inerente alla vocazione ‘mercantilistica’ e ‘tecnocratica’ dell’Unione. Si registra spesso tra i più autorevoli commentatori il richiamo al fatto che la politica criminale europea, attuata negli ultimi anni essenzialmente attraverso le decisioni quadro, si caratterizzerebbe per una ‘concezione securitaria del diritto penale’³ e ad ogni modo innescherebbe o comunque potrebbe innescare processi di estensione del penalmente rilevante.

Con modulazioni diverse si assiste così alla denuncia della possibilità che siano avviati processi di panpenalizzazione⁴; o in ogni caso è sottolineato il rischio che le fonti UE sul versante penale conducano a una espansione incontrollata dell’ambito delle incriminazioni; o ancora, nella specie con riferimento all’attuale assetto delle competenze tra Stato nazionale e Unione europea in materia penale, si parla di «diritto penale di lotta e di governo»⁵: etichette entrambe che facilmente possono preludere ad un intervento penale a carattere, a seconda dei casi, ‘emergenziale’, ‘simbolico’ oppure di *governance* degli interessi in questione.

Si tratta peraltro di un rischio, quello dell’inflazione penalistica, se possibile in questo ambito ancor più insidioso atteso che, si è osservato, il legislatore interno – una volta adempiuto all’obbligo di penalizzazione di fonte UE – si troverebbe, per così dire, ‘prigioniero’ di siffatta scelta, non potendo tornare sui suoi passi pena la censura del suo operato da parte della Corte costituzionale⁶.

Per cercare di dare una risposta al quesito posto dalla relazione affidatami, e per verificare – assieme – se queste preoccupazioni siano realmente fondate, articolerò il mio intervento in tre parti.

Nella prima parte procederò a una ricostruzione dello scenario oggi esistente a livello europeo e a livello interno in materia penale. Si tratterà di analizzare, necessariamente a campione, la tipologia di atti emanati di recente dall’Unione nel settore dell’armonizzazione penale sostanziale, nonché le modalità di trasposizione di tali atti nel nostro ordinamento.

L’ipotesi di lavoro che sottopongo subito all’attenzione, e che intendo verificare, è che, nella prospettiva dell’inflazione penalistica, si deve oggi naturalmente guardare agli *obblighi di penalizzazione*, ma bisogna forse ancora preoccuparsi degli *obblighi di tutela adeguata* (non necessariamente di natura penale) che continuano a rappresentare una via ‘silenziosa’ di ingresso di nuove fattispecie di reato nel nostro ordinamento.

Nella seconda parte del mio intervento affronterò invece quella che potrebbe essere definita l’altra faccia della medaglia. Si tratterà cioè di vedere quali margini di

³ Per i necessari riferimenti, nonché per una replica a tali argomentazioni, si rinvia a A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2008, p. 416; ID., [La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive](#), in *questa Rivista*, 27 Ottobre 2011.

⁴ Si rinvia ancora a A. BERNARDI, *L’armonizzazione*, cit., 416 s.

⁵ L’espressione è di G. FIANDACA, *Diritto penale europeo: spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in *Le sfide dell’attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2013, p. 138.

⁶ V. *infra* § 5.

manovra abbia il legislatore interno una volta data attuazione agli obblighi di penalizzazione, accertando in particolare dunque la ‘capacità di resistenza’ delle relative disposizioni interne di recepimento di siffatti obblighi rispetto a successivi interventi del legislatore nazionale.

Nell’ultima parte tenterò infine di compiere un bilancio dell’analisi, che non può che essere provvisorio, ma che, anticipo subito, mi pare in grado di offrire una chiave di lettura per dare risposta al quesito posto.

2. L’evoluzione del diritto “comunitario” in materia penale: un rapido sguardo.

Il punto di avvio dell’analisi non può che essere rappresentato da una, pur rapidissima, ricostruzione del ‘cammino comunitario’ in campo penale: ciò consentirà di mettere in luce l’estrema attualità del quesito sollevato dagli organizzatori e l’opportunità di avviare proprio adesso un confronto specifico sul punto.

Ciò che oggi rende quanto mai necessario riprendere il filo del ragionamento sugli effetti potenzialmente espansivi che il diritto “comunitario” produce sull’ordinamento interno è il nuovo assetto delle competenze tra Stato nazionale e Unione che si è andato consolidando con il Trattato di Lisbona, soprattutto a partire da questi mesi in cui è definitivamente spirato il regime transitorio previsto dal Protocollo 36 al TFUE riguardo le decisioni quadro, regime che gettava un ponte tra il periodo pre- e post Lisbona⁷.

Un dato pare difficilmente contestabile: il Trattato di Lisbona ha aperto una nuova fase nella politica criminale europea.

Sono infatti lontani i tempi in cui un Maestro del diritto penale, nell’affrontare il tema de «*L’influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto italiano*» parlava di semplici *impulsi comunitari alla produzione di norme penali*⁸; ed altrettanto distante l’epoca in cui uno dei più attenti studiosi di queste problematiche sottolineava come l’espressione ‘diritto penale comunitario’ mantenesse un sapore *rivoluzionario e irrealistico*, rappresentando per certi versi un vero e proprio *ossimoro*⁹. Significativo il fatto che lo stesso Autore nel tratteggiare allora ‘*i tre volti del diritto penale comunitario*’, accennasse solo in avvio della sua indagine ad un quarto volto che al tempo iniziava a prendere forma, rappresentato dal c.d. terzo pilastro – all’epoca non riconducibile al diritto comunitario in senso stretto –¹⁰.

Oggi, alla luce appunto delle novità apportate dal Trattato di Lisbona, si è fatta decisamente spazio l’espressione ‘diritto penale europeo’. Certo tutti gli Autori si

⁷ Su questi profili v. C. AMALFITANO-M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 89 ss.

⁸ V. C. PEDRAZZI, *L’influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, ora in *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, p. 457.

⁹ A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, pp. 41 e 43.

¹⁰ V. ancora A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., p. 45 ss.

preoccupano subito di precisare che si tratta di una competenza penale *indiretta*, salvo alcune divergenze rispetto al settore della tutela degli interessi finanziari dell'UE; ma è indubbio che abbiamo adesso a che fare con una competenza *piena*, poggiante su una *base giuridica chiara* e collocata oramai, atteso il superamento della divisione in pilastri dell'Unione, all'interno del classico 'metodo comunitario'¹¹.

Non che in precedenza non si fossero compiuti passi importanti nella direzione di una sempre maggiore incidenza del diritto comunitario sul sistema penale degli Stati membri: tutt'altro.

Mi riferisco ad esempio all'*obbligo di assimilazione* – portato del principio di leale cooperazione al tempo fissato nell'art. 5 TCEE – che ha condotto la Corte di Giustizia, già a partire dalla nota vicenda del 'mais greco-jugoslavo', a richiedere agli Stati membri di apprestare ai beni comunitari la stessa tutela garantita per le medesime violazioni ai beni interni e poi a prefigurare, prima con il precedente *Zwartveld* e poi con la, anch'essa nota, pronuncia sul caso *Unilever* – a proposito della disciplina austriaca in materia di pubblicità ingannevole di prodotti cosmetici –, veri e propri obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati membri¹².

Il ruolo propulsivo della Corte di Giustizia è d'altronde culminato con le storiche sentenze in materia ambientale del 2005 e del 2007 che, in un momento di crisi della costruzione comunitaria per effetto della bocciatura dei *referendum* sulla Costituzione europea in Francia e Olanda, hanno dato nuovo impulso al processo di integrazione europea, prevedendo la possibilità di dare ingresso in atti di primo pilastro – le direttive – a veri e propri obblighi di penalizzazione in luogo dei consueti obblighi di tutela adeguata. Fu questo anzi il momento, come generalmente riconosciuto, in cui si pone la prima pietra del futuro diritto penale dell'Unione¹³.

Del resto, la 'tentazione' di utilizzare la direttiva per scopi di armonizzazione penale non era sconosciuta neppure alle istituzioni politiche comunitarie fin dai primi anni di vita delle antiche Comunità, se è vero, solo per citare due esempi, che lo stesso Pedrazzi nel lavoro del 1982 sopra citato menzionava il caso dell'avamprogetto di seconda direttiva in materia societaria (1965) – che impegnava gli Stati membri a

¹¹ V., per tutti, G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 683 ss.

¹² V. A. BERNARDI, *I tre volti*, cit., p. 80 ss.; R. SICURELLA, "Eppur si muove": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 205 ss. Per una dettagliata illustrazione dei casi e una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in materia v. G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, p. 95 ss.

¹³ Su questi profili v., tra i numerosi contributi, F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.; G. MANNOZZI-F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C- 176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2006, p. 909 ss.; R. SICURELLA, "Eppur si muove", cit., p. 212 s.; G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea e principi di politica criminale: le indicazioni promananti dalla materia ambientale*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Milano, 2011, p. 133 nota 1.

sanzionare penalmente una serie di regole poste a tutela dell'integrità del capitale –, e che la proposta di direttiva sulla tutela dell'ambiente, poi trasfusa nella decisione quadro che ha dato origine allo scontro Commissione/Consiglio conclusosi con la sentenza della Corte di Giustizia del 2005, già prevedeva obblighi di criminalizzazione¹⁴; tutti casi in cui poi l'ostilità degli Stati membri non aveva portato all'adozione dell'atto¹⁵.

Ancora i prodromi di una politica criminale europea sono sicuramente rintracciabili nelle decisioni quadro emanate sotto la vigenza della divisione in pilastri dell'Unione secondo il metodo del c.d. 'doppio testo' che ha caratterizzato l'azione delle istituzioni comunitarie: le direttive come binario per armonizzare sul piano sostanziale la disciplina e le decisioni quadro come binario per perseguire un ravvicinamento delle normative penali e del quadro sanzionatorio¹⁶.

Parlo di prodromi in quanto la particolare tipologia degli atti, naturalmente vocati a soddisfare esigenze di cooperazione giudiziaria, la mancanza di un effetto diretto¹⁷ ma soprattutto la assenza di un meccanismo di giustiziabilità¹⁸ di un eventuale

¹⁴ V. C. PEDRAZZI, *L'influenza*, cit., p. 459, nonché A. BERNARDI, *L'armonizzazione*, cit., p. 434, nota 157.

¹⁵ E ciò senza qui affrontare il capitolo, estremamente problematico, delle ipotesi, da tempo oggetto di analisi da parte della dottrina, in cui il diritto comunitario, attraverso regolamenti, finisce in determinati settori con l'ampliare direttamente la portata delle norme incriminatrici interne per assicurare analoga copertura normativa a beni comunitari. Esempio già presente in C. PEDRAZZI, *L'influenza*, cit., p. 455, quello dell'art. 194, comma 1, Trattato Euratom che estende per tale via la disciplina interna in tema di segreto. In argomento v. diffusamente G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 129 ss., nonché A. BERNARDI *I tre volti*, cit., p. 83 ss.

Un'incidenza poi sulla politica criminale degli Stati membri veniva già di fatto svolta dal diritto comunitario per effetto del principio del primato sulle norme interne confliggenti attraverso il meccanismo della disapplicazione da parte del giudice nazionale, in via diretta o a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia adita mediante un rinvio pregiudiziale. Mi sembra difficilmente contestabile che per tale via il diritto dell'Unione faccia sentire la sua voce sulle scelte di politica criminale del legislatore interno: mi pare emblematico il caso *El Dridi* in cui, pur attraverso un meccanismo "indiretto", il risultato è stato quello di mettere in crisi la politica criminale domestica tutta svolta all'insegna dello slogan, come ben evidenziato, «*Terra bruciata al clandestino*». Ma qui siamo naturalmente al di fuori del nostro ambito di interesse, atteso che l'intervento si svolge in chiave restrittiva, conducendo alla disapplicazione della norma interna per ripristinare una libertà comunitaria o comunque dare applicazione ad un atto ad effetto diretto: il risultato è comunque riduttivo del penalmente rilevante. L'efficace immagine è di L. MASERA, «*Terra bruciata*» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e reale negazione dei diritti, in «*Il Pacchetto sicurezza 2009*», a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, p. 27 ss.

¹⁶ L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 342 ss.

¹⁷ V. art. 34, paragrafo 2, lett. b) TUE pre-Lisbona.

¹⁸ A mancare era, più precisamente, un meccanismo di giustiziabilità "diretta" perché, invero, la violazione di un obbligo imposto da una norma UE può essere sostanzialmente censurata con un rinvio pregiudiziale interpretativo. Benché, come noto, il rinvio pregiudiziale di interpretazione sia funzionale a fornire la corretta interpretazione, appunto, di una norma dell'Unione, mediante la sua sentenza la Corte di giustizia, sostanzialmente, si pronuncia anche sulla compatibilità o meno della normativa nazionale rispetto a quella dell'Unione rilevante nel caso di specie (sulla complementarietà tra procedura di infrazione e rinvio pregiudiziale interpretativo v., per tutte, Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*; 17 febbraio 1970, causa 31/69, *Commissione c. Italia*; 27 maggio 1981, cause riunite 142/80 e 143/80, *Essevi s.p.a. e Salengo*). Anche se certo, nel terzo pilastro, la competenza della Corte di giustizia,

inadempimento, sono tutti fattori che potrebbero avere inciso nello sviluppo di una compiuta politica criminale europea.

E comunque già da tempo non si mancava di riconoscere che «esiste da molti anni ‘una politica criminale europea’, anche se non esiste un diritto penale comunitario in senso formale»¹⁹, ricomprendendo però significativamente tra virgolette l’espressione politica criminale europea.

Ad ogni buon conto il Trattato di Lisbona ha ora fatto definitivamente cadere le virgolette e oggi siamo agli albori di una vera e propria politica criminale europea.

Questo mutamento di scenario è del resto testimoniato dall’intenso dibattito originatosi a riguardo: basti menzionare il noto *Manifesto sulla politica criminale europea* elaborato da studiosi di diversi Paesi²⁰, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni del 20 settembre 2011 significativamente intitolata *Verso una politica penale dell’Unione europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione attraverso il diritto penale*, o, infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 *su un approccio dell’UE in materia di diritto penale*²¹.

La ragione risiede naturalmente nel nuovo assetto dato all’Unione: con la scomparsa, come ricordato, della divisione in pilastri e la previsione di una disposizione, l’art. 83 del TFUE, che rappresenta la base giuridica per gli interventi di armonizzazione sul versante del diritto penale sostanziale (concentrerò qui l’attenzione su questa disposizione, tralasciando la specifica disciplina prevista in tema di tutela degli interessi finanziari dell’Unione emergente dagli artt. 86 e 325 TFUE, sia perché secondo alcuni atterrebbe alla sfera di un vero e proprio intervento di unificazione normativa, sia perché si tratta di ambito in sé fortemente caratterizzato dalla peculiarità dei beni tipicamente comunitari che vengono in considerazione²²).

diversamente da quanto accade nel modello “comunitario” dove essa è obbligatoria (*ex art. 267 TFUE*), era subordinata a una apposita dichiarazione degli Stati membri ed esisteva dunque un sistema a geometria variabile, per cui tale censura in concreto poteva aversi solo rispetto agli Stati membri che avevano accettato detta competenza (e sempre che il loro giudice sollevasse un rinvio).

¹⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, p. 178.

²⁰ Il manifesto è pubblicato in www.zis-online.com. Per un commento da parte di uno dei promotori v. H. SATZGER, *Le carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale “european criminal policy initiative”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1278 ss.

²¹ V. rispettivamente COM (2011) 573 e P7_TA (2012) 0208.

²² Su cui v., anche per un quadro delle diverse posizioni, G. GRASSO, *La «competenza penale» dell’Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale*, cit., p. 718 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 339 ss.; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza penale europea*, in *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea*, cit., p. 65 ss.; R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell’Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2013, p. 421 ss.

In relazione all’art. 325 TFUE v. i possibili scenari ora aperti dalla sentenza resa sul caso Taricco (Corte di giustizia, Grande sezione, 8 settembre 2015, causa C – 105/14). Per un commento v. C. AMALFITANO, [*Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*](#), in www.sidi.it e in questa Rivista, 22 settembre 2015; F. VIGANÒ, [*Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nella frodi in materia di IVA?*](#), in questa Rivista, 21 settembre 2015.

L'art. 83 TFUE contempla, come noto, due diversi ambiti di competenza dell'Unione a dettare norme di armonizzazione sul piano del diritto penale sostanziale.

Un primo ambito delinea quella che viene definita come una competenza autonoma costruita sulla base di un elenco di materie espressamente indicate nel paragrafo 1 dell'art. 83 (*terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata*) che può essere ampliato con deliberazione all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo. Si tratta per esplicita previsione dell'art. 83 di *sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*.

Un secondo ambito è integrato dalla competenza c.d. *accessoria* di cui al paragrafo 2 dell'art. 83, che prevede la possibilità di un intervento di armonizzazione allorché *il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*.

Su entrambi i fronti l'armonizzazione riguarderà dunque la possibilità di *stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni* – con ciò dunque superando la limitazione che la Corte di Giustizia aveva posto nella sentenza del 2007 sull'inquinamento delle navi ove si escludeva dall'intervento di armonizzazione (nell'allora primo pilastro comunitario) il tipo e il livello delle sanzioni (potendo esso definirsi soltanto con decisioni quadro assunte nell'ambito dell'allora terzo pilastro).

La procedura di elaborazione degli atti in base all'art. 83 è di regola quella legislativa ordinaria che prevede l'adozione congiunta da parte di Parlamento e Consiglio attraverso il meccanismo delle 'navette'²³; e sono previste modalità di coinvolgimento in fase ascendente dei Parlamenti nazionali – i quali (in base alle regole fissate nel Protocollo 2 allegato al TUE e al TFUE sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità) sono chiamati ad esprimere il loro parere sui progetti di direttiva –, nonché forme per così dire di controllo degli Stati membri sulla conformità dei testi agli aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, attesa la possibilità, nel caso in cui si ravvisi un'incidenza in tali ambiti, di attivare il c.d. freno di emergenza che può condurre alla mancata adozione dell'atto o ad una forma di cooperazione rafforzata (qualora ne facciano richiesta almeno nove Stati). In tal caso rimarrà estraneo alla vincolatività dell'atto lo Stato che ha attivato il freno²⁴.

²³ V. G. STROZZI-R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, 6^a ed., Torino, 2013, p. 180 ss.

²⁴ Più nel dettaglio, una volta attivato il freno di emergenza da parte di uno Stato, se il Consiglio europeo trova una soluzione di compromesso e si procede nell'*iter* anche tale Stato risulterà vincolato. Diversamente l'*iter* si blocca necessariamente e a quel punto potrebbero avviare una cooperazione rafforzata almeno nove Stati ed in tal caso ne resteranno fuori tanto lo Stato che ha invocato il freno quanto tutti quegli Stati che decidono di non aderire alla cooperazione rafforzata: v. C. AMALFITANO, *Sub artt. 82 e 83 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, rispettivamente pp. 895 s. e 909 s. Su questi

Su questi aspetti tornerò in conclusione del mio intervento: qui mi preme al momento rilevare come la nuova era post Lisbona preveda la possibilità da parte delle istituzioni dell'Unione di formulare giudizi sull'*an* ma anche sul *quomodo* punire, giudizi che si traducono in obblighi giuridici di criminalizzazione in capo agli Stati, attesa la particolare vincolatività dello strumento adottato – la direttiva – che espone questi ultimi, in caso di inadempimento, all'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione.

Al contempo permarrà certamente la possibilità – che in passato sino alle sentenze della Corte di Giustizia sopra richiamate del 2005 e del 2007 aveva costituito la regola – di inserire nelle direttive adottate su basi diverse dall'art. 83 meno pregnanti obblighi di tutela adeguata, ovverosia di vincolare lo Stato all'adozione (genericamente) di *sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive*, rimettendo tuttavia al legislatore nazionale la scelta del tipo di sanzione (penale o non penale). Ciò dovrebbe avvenire in tutti i casi in cui si tratti di settori non ancora oggetto di armonizzazione – essendo questo uno dei presupposti per adottare le direttive penali *ex art. 83*, secondo comma, TFUE – oppure di ambiti in cui non si ritenga indispensabile che la disciplina posta a livello europeo da altrettante direttive sia assistita da sanzioni penali, o ancora nel caso di regolamenti che rinviino agli Stati membri per la determinazione delle sanzioni (necessariamente non penali) per il caso di violazioni delle rispettive disposizioni, direttamente applicabili.

Dovrebbe, a questo punto, emergere evidente la ragione per cui si è parlato di un salto di qualità nella politica criminale europea.

Prima, in effetti, gli obblighi di assimilazione potevano anche condurre a un'estensione dell'area di incriminazione a livello interno; ma, allora, le istituzioni comunitarie facevano leva su opzioni di politica criminale già espresse dal legislatore rispetto a beni interni, oppure la Corte di Giustizia, come giustamente rilevato²⁵, si limitava a fissare i presupposti di un suo sindacato sugli eventuali difetti di tutela adeguata del legislatore nazionale, derivante nel caso concreto dalla mancanza di una tutela penale (caso *Unilever*).

Oggi, secondo scadenze anticipate dalla Corte di Giustizia nel caso *Commissione c. Consiglio*, vi è stato un cambio di passo in campo penale: il nuovo scenario è caratterizzato dalla possibilità di vincolare gli Stati membri a ben precisi *obblighi di incriminazione*, sulla base di una chiara base giuridica con tutte le ricadute sin qui analizzate.

profili, nella dottrina penalistica, si rinvia, anche per ulteriori richiami bibliografici, a C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale*, Milano, 2010, p. 107 ss.; ID., *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e quello europeo*, in *L'evoluzione del diritto penale*, cit., p. 386.

²⁵ G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, cit., p. 100.

3. La prima faccia del problema: obblighi di penalizzazione di fonte UE e inflazione penalistica.

È giunto il momento di dare uno sguardo più ravvicinato alla produzione normativa UE nell'ambito di nostro interesse.

Dico subito che mi sembra difficile poter operare un bilancio compiuto delle tendenze che hanno caratterizzato l'intervento nel campo penale: il numero cospicuo delle decisioni quadro che sono state adottate e la diversità delle materie coinvolte rendono difficile conquistare una visione unitaria.

Mi sembra allora utile prendere le mosse dall'ampia analisi e dalle puntuali esemplificazioni contenute nel già citato Manifesto sulla politica criminale europea.

Nel Manifesto vi è un campionario dei possibili rilievi che si possono muovere a taluni interventi operati nel settore penale. Ricorrono in particolare alcune delle osservazioni critiche più di frequente riscontrabili nel dibattito scientifico: l'eccessiva anticipazione della tutela registrabile nelle decisioni quadro in materia di terrorismo; le scelte politico-criminali in materia di pornografia minorile, con specifico riferimento a uno degli aspetti maggiormente oggetto di censura – la pedopornografia virtuale. A queste si aggiungono i rilievi mossi nei riguardi delle scelte a livello UE di penalizzare la corruzione privata e il negazionismo.

Lascerei qui da parte il tema del negazionismo. Non perché non ponga problemi; anzi, l'esperienza di altri ordinamenti e lo stesso dibattito interno mostrano quanto sia problematica l'incriminazione di condotte che si situano in un'area di stretta contiguità con il nucleo 'forte' della libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta però di una figura di reato davvero peculiare rispetto alla quale è difficile pensare a una opzione di armonizzazione che sia lontana anche da valenze simboliche e ideologico-culturali. Non è un caso, del resto, che anche negli atti delle istituzioni politiche del Consiglio d'Europa, tradizionalmente attente a contrastare ogni effetto di 'raggelamento' all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, il discorso d'odio e il negazionismo sono costantemente richiamati come ipotesi legittimanti l'intervento penale e l'utilizzo anche della sanzione reclusiva²⁶. E comunque mi pare significativo che al momento non è in discussione una proposta di direttiva volta a sostituire la decisione quadro.

Partirei, invece, dagli altri tre esempi poco sopra richiamati per spostare l'analisi sull'atteggiamento del legislatore interno rispetto agli *inputs* di penalizzazione.

Ora, rispetto anzitutto al fenomeno del contrasto del terrorismo, mi pare colga nel segno l'osservazione secondo cui si è in presenza di settori già fortemente presidiati nelle legislazioni dei singoli Stati membri, i quali, nella maggior parte dei casi, hanno adottato norme di uguale fatta per contrastare le forme di terrorismo domestiche. Da qui la conclusione, secondo cui dovrebbe riconoscersi che «in materia di terrorismo l'Unione non può essere accusata di dare vita a una politica criminale di 'lotta'

²⁶ Sia consentito il rinvio a A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma, 2013, p. 114 ss.

destinata a travolgere le legislazioni nazionali di settore; ma semmai che nella succitata materia l'Unione non si è dimostrata capace di uscire dall'alveo delle discutibili scelte già effettuate dai Paesi membri segnati dal terrorismo»²⁷.

Così pure rispetto al tema della pedopornografia, e nella specie alla sua variante virtuale, che si è giustamente attirata gli strali della dottrina²⁸, si è fatto notare²⁹ come la decisione quadro, oramai sostituita da una direttiva del 2011³⁰, offrisse al legislatore nazionale la possibilità di avvalersi della clausola prevista dall'art. 3 comma 2 lett. c) che consentiva agli Stati membri di escludere la rilevanza penale, almeno in certa parte, delle condotte legate alla pornografia minorile, laddove consistessero nella detenzione di immagini virtuali, così limitando il perimetro della fattispecie, al di là dei confini che le applicazioni giurisprudenziali hanno tracciato, pur nell'ottica di un recupero del canone dell'offensività.

Considerazioni per certi versi analoghe mi pare possano essere fatte rispetto alla corruzione privata. Vorrei anzitutto rapidamente dire che non sono affatto persuaso dell'idea che in questo ambito non vi debba essere spazio anche per la sanzione penale, soprattutto laddove si ponga attenzione all'ampliamento di spettro dei beni tutelati dalle fattispecie corruttive sempre più lontani dai soli beni del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione e sempre più interferenti con profili attinenti alla protezione della leale concorrenza.

Ad ogni modo, non mi sembra si possa dire che sia stata la decisione quadro in materia del 2003 a fornire la spinta, o quantomeno, la spinta decisiva affinché il legislatore introducesse la figura di reato in questione, atteso che già prima della sua adozione il legislatore si era vincolato in tale senso attraverso la firma della Convenzione di Strasburgo del 1999 – anche se ratificata solo nel 2012 –, e successivamente aveva confermato il suo intendimento prima firmando e poi ratificando nel 2009 la Convenzione Onu di Merida.

Anche in questo caso mi risulta difficile pensare ad uno Stato membro 'costretto' dalla normativa dell'Unione a inserire nell'ordinamento la fattispecie di corruzione privata – operazione per inciso già compiuta da altri Stati membri quali la Francia e la Spagna. Tanto più che la relativa decisione quadro dava agli Stati la possibilità di limitare il raggio di operatività della previsione ai soli fatti di distorsione

²⁷ Così A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea*, cit., p. 239.

²⁸ V. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, pp. 99 e 304 ss.; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2618, nota 76; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1120 s.

²⁹ V. ancora A. BERNARDI, *Ombre e luci*, cit., p. 240.

³⁰ Il riferimento è alla Direttiva 2011/93/UE su cui v., in relazione alla questione affrontata nel testo, con diversità di valutazioni, C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 506 s.; G. COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1820 s.

o in grado di determinare una distorsione della concorrenza nel mercato dei beni e dei servizi.

Volto rapidamente lo sguardo al passato, concentrerei adesso l'attenzione, sempre per mettere in luce taluni aspetti legati al rapporto tra legislatore europeo e legislatore interno, su alcuni atti più recenti, in particolare la direttiva del 2008 in materia ambientale – sia perché è stata la prima direttiva, per effetto della storica e più volte richiamata sentenza della Corte di Giustizia, a contenere obblighi di penalizzazione, sia perché proprio di recente è stato approvato in via definitiva il disegno di legge che dovrebbe andare a completare la tutela penale dell'ambiente anche alla luce delle indicazioni contenute nella direttiva –; e poi le direttive in materia di pornografia e tratta di esseri umani che hanno sostituito le rispettive decisioni quadro.

La direttiva del 2008 sull'ambiente³¹ mi pare offra una serie di spunti al legislatore interno:

- induce il legislatore a riflettere sulla definizione del complessivo assetto di disciplina nella misura in cui fornisce indicazioni riguardo la costruzione delle fattispecie in chiave di danno o quantomeno di pericolo concreto;
- nelle ipotesi in cui viene in considerazione non la tutela dell'aria, dell'acqua etc., ma di specie vegetali o animali protette, la ricerca di concreta offensività della condotta punibile è attuata attraverso l'esclusione del tipo nei casi in cui l'azione «riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie»;
- allo stesso modo nel caso di protezione dell'habitat all'interno di un sito protetto si circoscrive la rilevanza ai soli in cui l'azione abbia provocato un significativo deterioramento dello stesso;

Si utilizzano certo anche termini 'vaghi', quale ad esempio quello di habitat, riempiti peraltro di contenuto attraverso definizioni legislative contenute come di consueto in apertura della direttiva, che a loro volta riportano a ulteriore normativa comunitaria.

Infine si obbligano gli Stati membri, come più volte ricordato, all'adozione di sanzioni penali, senza tuttavia specificarne la tipologia; sanzioni che dovranno comunque risultare efficaci, proporzionate e dissuasive.

A fronte di questo quadro, la risposta del legislatore italiano è stata in prima battuta, con l'emanazione del d.lgs. n. 121 del 2011 (adottato proprio allo scopo dichiarato di trasporre la direttiva), davvero minimale³²:

³¹ Su cui v., tra gli altri, L. SIRACUSA, [L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale](#), in questa Rivista, 22 febbraio 2011; G. M. VAGLIASINDI, *Obblighi di penalizzazione di fonte europea*, cit., p. 146 ss.

³² Tra i numerosi commenti v. A. ALBERICO, *Obblighi di incriminazione e «controlimiti» nell'adempimento della direttiva 2008/99/CE in materia di tutela penale dell'ambiente*, in Riv. trim. dir. pen. econom., 2014, p. 251 ss.; C. RUGA RIVA, [Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale](#), in questa Rivista, 8 agosto 2011; M. SCOLETTA, *Obblighi*

- ha di fatto rinviato ad altra occasione la riscrittura dei punti centrali della normativa penale posta a tutela dell'ambiente;

- si è limitato a introdurre, al di là degli interventi sul fronte della responsabilità degli enti, due fattispecie – l'art. 727-*bis* «Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette» e l'art. 733-*bis* c.p. «Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto» – che si caratterizzano per la mera trasposizione dei contenuti della direttiva (senza dunque alcun tentativo di affinamento e specificazione in chiave di precisione da parte del legislatore interno), per la natura contravvenzionale dell'illecito e per una cornice edittale tendenzialmente davvero contenuta³³.

- non ha riproposto, avuto riguardo alla fattispecie in tema di *habitat*, la limitazione della rilevanza penale ai soli casi di significativo deterioramento – che peraltro avrebbe potuto essere recuperata attraverso il neonato istituto della particolare tenuità del fatto seppur solo per via della mediazione del giudice –, realizzando tuttavia il medesimo risultato facendo riferimento, quale termine di relazione della condotta di deterioramento, alla compromissione dello stato di conservazione dell'habitat;

- infine, non si è preoccupato di operare un'attenta ricognizione della legislazione vigente atteso che, già in sede di commento allo schema di decreto legislativo, si era evidenziata l'inapplicabilità in larga misura dell'art. 727-*bis*, destinato a soccombere rispetto alle figure di reato contemplate dalla legislazione speciale di settore³⁴.

Negli ultimi mesi il legislatore è, per così dire, tornato sui suoi passi, approvando la l. n. 68 del 2015 che, almeno formalmente, dà risposta alle richieste di fonte UE di “armonizzare verso l'alto” la disciplina penale in materia ambientale, ponendo così fine all'opera di supplenza che in questo delicato settore ha finito con l'esercitare la giurisprudenza attraverso il ricorso alla figura di disastro innominato. È tuttavia significativo come nel disegno di legge che ha dato l'avvio all'*iter* parlamentare non vi sia alcuna menzione della direttiva in materia di ambiente e come, alla fine, il vero volano della riforma sia stata l'esigenza di dare risposta ai clamori suscitati da ben precise vicende giudiziarie e non certo quello di tener conto dei vincoli di penalizzazione di fonte UE, che non hanno dunque giocato alcun ruolo significativo in questa vicenda normativa.

europci di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per reati ambientali (Note a margine del D.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente), in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 17 ss.

³³ Qui peraltro l'esito finale sul terreno delle sanzioni comminate è il risultato della mancata fissazione di appositi principi e criteri di delega con il conseguente operare di quelli generali dettati dall'art. 2 della legge comunitaria del 2009, sopra richiamati e oggi cristallizzati nell'art. 32 della l. 234/2012 con riguardo alla legge di delegazione europea, che imponevano la sola previsione di ammenda e/o arresto: ha subito sottolineato criticamente questo profilo, in sede di commento allo schema di decreto legislativo, C. RUGA RIVA, [Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche](#), in questa Rivista, 29 aprile 2011, p. 6 ss.

³⁴ V. ancora C. RUGA RIVA, *Il recepimento*, cit., p. 9 ss.

Passiamo adesso alla direttiva del 2011 sulla pedopornografia che ha sostituito, come si è detto, la decisione quadro del 2004.

Qui l'aspetto a mio avviso di maggiore interesse è dato dalla fattispecie di adescamento di minori che, non presente nella decisione quadro del 2004 e invece contenuta nella Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa firmata il 25 ottobre 2007 ed entrata in vigore l'1 luglio 2010, è stata alla fine "recepita" a livello di Unione europea soltanto con la direttiva del 2011 (art. 6).

Pendendo ancora il relativo termine di trasposizione, tuttavia, il legislatore ha con l. 172 del 2012 dato esecuzione alla Convenzione di Lanzarote, configurando all'art. 609-undecies c.p. un nuovo reato di adescamento di minorenni che – a ben guardare – punisce assai più di quanto richiesto sia dalla Convenzione di Lanzarote che dalla nuova direttiva del 2011.

L'art. 6 della direttiva – che, come abbiamo detto, semplicemente riprende il testo della Convenzione di Lanzarote – richiede di sanzionare penalmente il fatto dell'adulto che «propone, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a un minore che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale di incontrarlo con l'intento di commettere i reati di cui all'art. 3, paragrafo 4, e all'articolo 5, paragrafo 6, e ove tale proposta sia stata eseguita da atti materiali finalizzati a tale incontro». La disposizione interna di cui all'art. 609-undecies c.p. punisce invece l'adescamento in sé, definito come "qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione", con il solo filtro selettivo del dolo specifico (la condotta deve essere realizzata allo scopo di commettere uno dei reati nominati) senza menzionare la proposta di un incontro né – a fortiori – atti materiali finalizzati a un tale incontro, requisiti che nella logica degli atti internazionali ora menzionati servono a dare in qualche modo concretezza alla fattispecie, per evitare di colpire la mera volontà criminosa e per ancorare la punibilità – quanto meno – ad atti il più possibile prossimi alla consumazione dell'abuso sessuale 'finale'.

Quanto infine alla direttiva del 2011 sulla tratta, la trasposizione interna ha richiesto interventi in effetti marginali rispetto alla disciplina nazionale già in vigore. Si è riformulata la fattispecie di cui all'art. 600 in definitiva esplicitando, alla luce della direttiva, la nozione di tratta e mantenendo il collegamento con l'ipotesi di riduzione in schiavitù che forse poteva essere rimeditato. Per il resto sono operati piccoli ritocchi a quest'ultima figura, facendo riferimento alla sottoposizione del soggetto al prelievo di organi e inserendo quale elemento identificativo della riduzione o mantenimento in uno stato di soggezione, l'approfittamento della situazione di vulnerabilità del soggetto: un requisito che, posto accanto ma distintamente rispetto alla stato di inferiorità fisica o psichica, presenta contorni invero non particolarmente definiti (in tal senso peraltro non brilla neppure la direttiva che al comma 2 dell'art. 2 recita: "per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima").

Dall'esame sin qui svolto mi pare allora emergere una prima provvisoria indicazione: il legislatore utilizza poco e male il suo margine di manovra nella fase discendente. A fronte di obblighi già in origine problematici di incriminazione non solo

non si sottrae, ove possibile, alla ‘richiesta’ di penalizzazione ma la soddisfa spesso *ultra petita* (come nel caso emblematico del delitto di adescamento).

Spostiamo adesso l’attenzione sugli strumenti normativi di fonte UE che contemplano un mero obbligo di tutela adeguata (penale o non penale che sia) e verifichiamo se il punto di approdo cui siamo giunti valga anche in quest’ultimo ambito.

Qui confesso subito la difficoltà di orientarsi all’interno di una legislazione davvero estesa e difficilmente dominabile. Ci muoviamo in effetti in un mare aperto: è emblematico, del resto, che solo qualche anno addietro si sottolineava come circa metà della produzione legislativa interna derivasse dall’attuazione di normativa comunitaria³⁵.

Già nei primi anni duemila, Marinucci e Dolcini nel loro “Corso” procedevano a un’analisi puntuale dell’incidenza degli obblighi di tutela adeguata posti da direttive comunitarie sul terreno della legislazione penale. E qui non mancavano di segnalare come, per tale via, finissero per entrare nel nostro ordinamento numerose fattispecie di reato, spesso ribaltandosi il «rapporto regola-eccezione» tra sanzione penale e amministrativa stabilito dal legislatore delegante, nonché ricorrendo all’arma della pena in casi in cui essa appariva veramente sproporzionata³⁶.

Gli illustri Autori svolgevano all’epoca un puntuale esame della situazione, formulavano una diagnosi e indicavano una terapia: i rilievi si appuntavano sulla tecnica della delega legislativa che si rivelava uno strumento formidabile per favorire il silenzioso ingresso di una mole, spesso non dominabile, di reati. Ed è d’altronde significativo che negli stessi anni si parlasse, con espressione felice, di «diritto penale sommerso»³⁷ per indicare il fenomeno qui sinteticamente descritto.

Iniziando allora a volgere lo sguardo agli atti normativi dell’Unione di più recente emanazione trova anzitutto conferma il fatto che nei settori da armonizzare si continui a fare ricorso alla clausola delle sanzioni “efficaci, proporzionate e dissuasive”, specificando talvolta che esse “possono includere” sanzioni penali in caso di violazioni gravi (direttiva 2014/33/UE del 26 febbraio 2014 per l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative agli ascensori e ai componenti di sicurezza per ascensori; direttiva 2014/68/UE del 15 maggio 2014, concernente l’armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di attrezzature a pressione).

³⁵ C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 59.

³⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3^a ed., Milano, 2001, p. 47 ss.

³⁷ Il riferimento è al titolo del saggio di M. V. DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2001, p. 1007 ss. In particolare, l’A., facendo specifico riferimento all’allora legge comunitaria, mette in evidenza, per un verso, la marginalizzazione del ruolo Parlamento nelle scelte di politica criminale con attribuzione di fatto al Governo di «un potere legislativo continuo in materia comunitaria»; per altro verso, rimarca come a ciò si ricollegli l’«incongrua proliferazione delle incriminazioni» e l’«uso frequente da parte del legislatore nazionale della penalità come “strumento sanzionatorio” privilegiato dell’inosservanza di una normativa comunitaria» (v. p. 1017 s.).

Si tratta molto spesso di normativa di settore e con un alto tasso di tecnicità, caratterizzata da fattispecie che sanzionano la violazione di norme a carattere amministrativo; fattispecie che finiscono con l'essere costruite dal legislatore delegato in forma contravvenzionale, come tali candidandosi però sin dalla nascita a essere interessate dai successivi interventi di depenalizzazione.

Non voglio certo annoiarvi con una elencazione dettagliata delle ipotesi in questione. Mi limiterò a pochi esempi giusto per far toccare con mano quanto dicevo. Prenderò qui in esame esclusivamente atti nei quali si pone in modo inequivoco a carico dello Stato solo un obbligo di tutela adeguata, verificando come tale obbligo sia stato in effetti trasposto nell'ordinamento interno.

Iniziamo dalla direttiva 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche ove all'art. 22 si parla genericamente di "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive". Qui l'art. 38 del d.lgs. n. 49 del 2014 stabilisce, certo con formulazione non di immediata afferrabilità, che «nelle ipotesi di cui all'art. 21, qualora la spedizione di AEE usate sospettate di essere RAEE avvenga in difformità dalle prescrizioni di cui all'Allegato VI, si applicano le sanzioni di cui agli articoli 259 e 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152»; sanzioni, queste ultime, di carattere penale.

Analoghe cadenze si registrano nel caso della trasposizione della direttiva 2010/32/UE del Consiglio, che a sua volta attua un accordo quadro in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero o sanitario, la quale all'art. 2 sancisce in capo agli Stati un obbligo di tutela adeguata: l'art. 1 d.lgs. n. 19 del 2014, nel dare a essa attuazione, ha puntualmente inserito un nuovo Titolo *X-bis* al Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro con la previsione anche di sanzioni penali (art. 286-*septies*: ipotesi contravvenzionali punite con l'arresto o l'ammenda).

Un esito simile, infine, si ha laddove si prendano in esame atti di trasposizione di regolamenti che rinviino allo Stato membro per la determinazione delle sanzioni per la violazione delle rispettive disposizioni. Il d.lgs. n. 178 del 2014 che attua il regolamento CE n. 2173/2005 – relativo all'istituzione di un sistema di licenze FLEGT per le importazioni di legname nella Comunità europea – e il Regolamento (UE) n. 995/2010 – che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati –, prevede altrettanto puntualmente all'art. 6, comma 1, una fattispecie contravvenzionale: si punisce con l'ammenda da euro 2.000 a euro 50.000 o con l'arresto da un mese ad un anno, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque importa nel territorio dello Stato legno o prodotti derivati esportati dai paesi aderenti a un accordo di partenariato, di cui all'art. 1 del regolamento (CE) n. 2173/2005 in mancanza della licenza FLEGT».

L'elenco potrebbe continuare. Non sembrano dunque superati i vizi del passato. Si tratta anche qui spesso di casi nei quali un approccio più meditato alla penalizzazione e l'assenza di una delega sovente in bianco al Governo ben potrebbero condurre a privilegiare la strada di una sanzione amministrativa, che certo si presenti quale strumento efficace e di pronta applicazione³⁸.

³⁸ V. le considerazioni di cui *infra* n. 6.

4. Gli strumenti di trasposizione interna degli obblighi di fonte UE: dalla legge comunitaria alla legge di delegazione europea.

Se il problema sta – alla luce della conclusione provvisoria che ho appena tratto – nel rapporto tra legge delega e decreto delegato, andiamo ad analizzare un po' più nel dettaglio come funziona questo meccanismo quando si tratta di trasporre norme dell'UE.

Come è noto, esso è stato rappresentato, in origine, dalla legge comunitaria, prima regolamentata dalla l. n. 86 del 1989 (c.d. legge *La Pergola*) e poi dalla l. n. 11 del 2005 (c.d. legge *Buttiglione*), con la quale annualmente si provvedeva all'adeguamento alla normativa comunitaria.

Sono altrettanto noti i limiti di una siffatta soluzione: la legge comunitaria si rivelava una legge *omnibus*; inoltre, per quanto attiene al versante penalistico, la modalità costante di introduzione delle norme penali era rappresentata dal ricorso alla delega; delega che, anch'esso è argomento noto, si è spesso finita con l'attestare sulla mera riproduzione dei contenuti dell'atto comunitario³⁹.

Su questo versante è di recente intervenuta la l. n. 234 del 2012, recante '*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*' che ha riformato l'intera materia⁴⁰.

Oggi l'adeguamento del nostro ordinamento alla normativa UE avviene, per quanto attiene alle direttive, esclusivamente attraverso lo strumento della "*legge di delegazione europea*", che è presentata alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno; è poi prevista una distinta "*legge europea*", la cui presentazione è solo eventuale, essendo essa destinata, tra l'altro, a far fronte a eventuali esigenze di adeguamento del nostro Paese per effetto dell'avvio di procedure di infrazione oppure di sentenze della Corte di Giustizia.

La l. 234 del 2012 contiene peraltro nella prima parte un'articolata disciplina, che presenta anche profili di interesse ai nostri fini, in punto soprattutto di raccordo informativo tra Governo e Parlamento (circa le posizioni che il primo intende assumere in seno al Consiglio europeo o, su richiesta del Parlamento, del Consiglio dell'Unione europea; circa i progetti di atti dell'Unione europea che ai sensi dell'art. 6 sono trasmessi al Parlamento non appena ricevuti dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro degli Affari europei; circa le procedure giurisdizionali e di pre-contenzioso riguardanti l'Italia), nonché di coordinamento delle rispettive attività (richiesta del Parlamento al Governo di apposizione *ex art. 10* della riserva di esame parlamentare; attivazione ai sensi dell'art. 12 del freno di emergenza obbligatoria da

³⁹ V. C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 59 s.; C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 411 s.

⁴⁰ Per un articolato commento alla legge v. *Commentario alla L. 24.12.2012, n. 234*, a cura di L. Costato- L. S. Rossi- P. Borghi, Napoli, 2015.

parte del rappresentante del Governo in seno al Consiglio dell'Unione europea ogni qual volta entrambe le Camere adottino un atto di indirizzo in tal senso)⁴¹.

Di rilievo centrale nell'economia dell'attività di trasposizione a livello interno di direttive in materia penale è l'art. 32 della legge in questione, a norma del quale «*al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti rispettivamente dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti. In tali casi sono previste: la pena dell'ammenda alternativa all'arresto per le infrazioni che espongono a pericolo o danneggiano l'interesse protetto; la pena dell'arresto congiunta a quella dell'ammenda per le infrazioni che rechino un danno di particolare gravità. Nelle predette ipotesi, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, possono essere previste anche le sanzioni alternative di cui agli articoli 53 e seguenti del d.lgs. n. 274 del 2000, e la relativa competenza del giudice di pace. La sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a euro 150 e non superiore a euro 150,00 è prevista per le infrazioni che ledono o espongono a pericolo interessi diversi da quelli indicati dalla presente lettera*».

Si tratta di un modello di intervento normativo non sconosciuto al legislatore, atteso che esso è presente, nella identica formulazione, nell'antenato della attuale legge di delegazione europea, ovverosia la legge comunitaria – si vedano ad es. l'art. 2 l. comunitaria del 2010 (n. 88 del 2009) e l'art. 2 l. comunitaria del 2011 (n. 96 del 2010) in sede di enunciazione dei *principi e criteri direttivi generali della delega legislativa*. Da questo punto di vista, dunque, il meccanismo ivi previsto è replicato dall'art. 32, con l'aggravante che esso è qui fissato una volta per tutte: esso vale appunto quale disposizione di carattere generale destinata a rappresentare per il futuro il punto di riferimento normativo di *default*, in mancanza della previsione di specifici principi di delega.

L'ambito di incidenza di questa disposizione è tutt'affatto secondario in quanto, sempre in assenza di principi e criteri di delega *ad hoc*, finisce con il riguardare tutti i casi in cui si è in presenza della richiesta da parte di una fonte UE – sia essa una direttiva che ponga un obbligo di tutela adeguata o un regolamento “sanzionatorio” – dell'adozione di sanzioni espressamente qualificate come amministrative ovvero di sanzioni *proporzionate, efficaci o dissuasive*, o ancora di *sanzioni penali*, laddove però si rimetta allo Stato membro la scelta del tipo di sanzione.

Il modello dunque che ne risulterà regolarmente, in sede di attuazione della delega, sarà quello dell'illecito contravvenzionale – tenuto conto che la previsione di un delitto è legata alla fissazione di appositi criteri di delega –, che vedrà il suo ingresso nell'ordinamento a seguito di una valutazione operata dal Governo sulla base di principi e criteri stabiliti una volta per tutte dalla legge, e tali sicuramente da non

⁴¹ Per un'analisi dettagliata v. C. GRANDI, [Processo decisionale europeo e democrazia penale](#), in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 2, 2013, p. 48 ss.; F. SCUTO, *L'evoluzione del rapporto Parlamento-Governo nella formazione e nell'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015, 1, p. 6 ss.

rappresentare una guida sicura e vincolante per chi è tenuto alla trasposizione dell'atto normativo dell'Unione. Il riferimento alla rilevanza costituzionale dell'interesse protetto, oltre a rappresentare un freno labile all'introduzione di nuove figure di reato, dovrebbe altresì costituire uno dei momenti della 'penalità' – quello riguardante il giudizio di meritevolezza di pena –, dovendosi poi procedere ad accertare l'effettivo bisogno di pena.

Si tratta, come dicevamo, di un retaggio di precedenti leggi comunitarie e che ha trovato oggi una sua stabilizzazione normativa: non sembra, tuttavia, che l'esperienza del passato abbia dato una così buona prova di sé da meritare una promozione sul campo.

Questo meccanismo, a fronte di un legislatore, come visto, tutt'altro che restio a penalizzare più di quanto richiesto, rischia infatti di tradursi a sua volta in un fattore di moltiplicazione delle fattispecie di reato, sottraendosi di fatto al dibattito parlamentare le scelte di incriminazione relative a interi settori di disciplina; scelte che sono così affidate alle 'stanze chiuse' dell'esecutivo sulla base di criteri davvero poco vincolanti.

5. La seconda faccia del problema: obblighi di penalizzazione di fonte UE e processi di depenalizzazione.

Rimane a questo punto da affrontare l'altro versante della questione accennato in avvio.

Gli obblighi di penalizzazione, abbiamo detto, si presentano con caratteristiche di particolare vincolatività nei confronti del legislatore interno: per un verso lo stimolano a introdurre nuove figure di reato; per altro verso, surrettiziamente, sembrerebbero legargli le mani una volta che tali obblighi siano attuati.

Il tema è stato sfiorato nei lavori di una delle ultime Commissioni incaricate di elaborare progetti di depenalizzazione – quella presieduta dal Prof. Fiorella – che si è appunto preoccupata di escludere taluni corpi normativi dall'intervento di decriminalizzazione anche in ragione dell'opportunità di mantenere un presidio penale a fronte di obblighi comunitari – anche se allora non di penalizzazione in senso stretto – di fonte comunitaria⁴².

Il problema non mi pare sussistere nel caso poc'anzi esaminato di iperattuazione dell'obbligo (con conseguente iperpenalizzazione) da parte del legislatore interno – quest'ultimo potrà sempre ridefinire l'ambito del penalmente rilevante, riportando l'incriminazione entro il perimetro dell'obbligo di penalizzazione di fonte UE. Né mi sembra porsi laddove il legislatore abbia dato attuazione a un obbligo di tutela adeguata attraverso una disciplina penale e poi, a essa, sostituisca una disciplina amministrativa ma, alla luce dei fatti, valutata come parimenti se non più efficace.

⁴² V. paragrafo 2, lett. h) della relazione al progetto e relativo allegato (i testi sono pubblicati su www.giustizia.it, nonché su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1587 ss.).

Piuttosto l'eventualità qui in discussione mette in risalto come sia sconsigliabile, in chiave di eventuale depenalizzazione, avvalersi di formule 'cieche'⁴³ che potrebbero lasciare senza adeguato presidio aree in cui insistono obblighi di tutela adeguata o anche di penalizzazione (ad esempio le fattispecie contravvenzionali in materia di ambiente sopra richiamate, e sempre che le norme interne non si scoprissero essere già conformi).

Il problema concerne invece il caso degli obblighi di penalizzazione attuati, e rispetto ai quali il legislatore interno decidesse 'in via autonoma' di formulare un giudizio di liceità dei fatti in questione; ovvero, più verosimilmente, di sostituire alla disciplina penale una tutela di altro segno.

In tal caso, la norma depenalizzatrice potrebbe essere sottoposta al vaglio della Corte costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

Che la Corte costituzionale abbia iniziato ad ammettere la possibilità di un suo sindacato su norme, in quel caso di favore, con effetti potenzialmente *in malam partem*, avendo come unico parametro gli artt. 11 e 117 comma 1 Cost. e non l'art. 3 Cost., come nella nota vicenda dei falsi elettorali, è dimostrato dalla sentenza sulle ceneri di pirite n. 28 del 2010⁴⁴. Qui si trattava, come noto, di rilevare l'illegittimità costituzionale della disciplina intermedia che, modificando la precedente normativa, e inserendo nella nozione di sottoprodotto le ceneri di pirite, le sottraeva così alla nozione di rifiuto e dunque alla relativa disciplina penalistica. In quel caso la Corte era chiamata dunque a valutare la legittimità costituzionale della modifica di una regola di derivazione europea, il cui effetto era quello di sottrarre una volta per tutte, sulla base di una presunzione assoluta, una classe di risultati del processo produttivo, alla nozione di rifiuto. La Corte è chiara nell'ammettere il sindacato sui soli parametri offerti dagli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., anzi sottolineando esplicitamente come il giudice *a quo* non avesse denunciato il vizio di cui all'art. 3 Cost.

Nel caso prima prospettato, la Corte potrebbe dunque dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma di depenalizzazione per violazione degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost. in quanto in contrasto con l'obbligo di penalizzazione attuato dal legislatore con la reviviscenza pertanto della norma depenalizzata. Lo schema logico mi sembra qui quello prospettato nel loro "Corso" da Marinucci e Dolcini a proposito degli obblighi espressi di penalizzazione (in quella sede gli illustri Autori facevano

⁴³ Emblematica in questo senso la clausola di cui alla stessa l. n. 67 del 2014 ove all'art. 2, comma 4 lett. a), si prevede la trasformazione in illeciti amministrativi di tutti i reati puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda, seppur l'effetto sia qui temperato dalla espressa previsione di una serie di materie escluse dalla depenalizzazione (tra cui ambiti di sicura incidenza del diritto UE quali ad esempio ambiente e sicurezza sul lavoro).

⁴⁴ Su cui v. A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1134 ss. Nella dottrina costituzionalistica v. A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 382 ss.; V. ONIDA, *Sul controllo di conformità delle leggi al diritto europeo: le ceneri di pirite come "sottoprodotto" davanti alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, p. 875 ss.

l'esempio di una eventuale norma che avesse abrogato l'art. 608 c.p., inteso come attuativo dell'obbligo espresso ex art. 13 Cost.)⁴⁵.

Rispetto poi a possibili obiezioni circa la violazione a opera della Corte costituzionale del principio della riserva di legge, questa la replica di Marinucci e Dolcini: «La Corte non compirebbe infatti autonome scelte di punitive, ma si limiterebbe a garantire l'osservanza dell'obbligo costituzionale espresso di incriminazione. La Costituzione, configurando quell'obbligo, ha infatti eccezionalmente compiuto le valutazioni politico-criminali di regola riservate alla discrezionalità del legislatore ordinario. Spetta in ogni caso al legislatore dare attuazione all'obbligo costituzionale di tutela penale; una volta che lo abbia attuato, il vincolo costituzionale gli preclude di abolire la norma incriminatrice»⁴⁶.

Lo stesso modello argomentativo potrebbe essere trapiantato nel campo degli obblighi espressi di penalizzazione di fonte UE. In questo senso sembrerebbero del resto indirizzarsi le riflessioni di ampia parte della dottrina⁴⁷. D'altronde, la Corte neppure qui si sostituirebbe alle valutazioni politico criminali del legislatore interno – o forse meglio non farebbe prevalere sue valutazioni su quelle del legislatore –, essendo la normativa depenalizzata sempre frutto delle scelte operate da quest'ultimo prima in sede di 'concorso' nell'adozione dell'atto a livello UE e poi nel momento in cui ha dato trasposizione dell'obbligo. Vi sarebbe, come è stato detto⁴⁸, una 'copertura comunitaria' sull'opzione penale oggetto di un puntuale e specifico obbligo comunitario che vincola il legislatore domestico, una volta adempiuto l'obbligo stesso, a non poter 'tornare sui propri passi'.

⁴⁵ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 85. Un caso che avrebbe potuto trovare soluzione in questi termini era quello originato dall'avvenuta abrogazione del delitto di associazione militare per scopi politici ad opera del d.lgs. n. 66 del 2010. In tal ipotesi si era infatti dinanzi ad una norma incriminatrice che poteva considerarsi attuazione dell'obbligo costituzionale espresso di penalizzazione di cui all'rt. 18, secondo comma, Cost. La questione è stata tuttavia risolta dalla Corte costituzionale con sent. n. 5 del 2014 sotto il profilo della carenza di potere del legislatore delegato. In argomento v. M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3727 ss.; M. SCOLETTA, [La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014, p. 242 ss.

⁴⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 85

⁴⁷ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2013, p. 112 s.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 558. Sembrano già prefigurare questa possibilità G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., p. 392; nonché C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 168 ss., nel quadro peraltro di una critica al 'diritto penale a senso unico' che così si verrebbe a realizzare e con la prospettazione della possibilità in tali casi di attivare il meccanismo dei controllimiti (nello stesso senso v. adesso *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 337 ss.). In termini impliciti paiono ammettere una possibile censura di incostituzionalità nelle ipotesi in questione C. GRANDI, *Le «qualità» della norma penale*, cit. p. 410; R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale*, cit., p. 487.

⁴⁸ V. MANES, *Il giudice*, cit., p. 113.

Un sostegno al percorso sin qui illustrato è oggi offerto dalla nota sentenza n. 32 del 2014 in materia di stupefacenti⁴⁹.

Sappiamo bene come la questione, relativa alle modifiche normative attuate in materia di stupefacenti in punto di parificazione di droghe pesanti e leggere, si sia risolta facendo la Corte valere il vizio procedurale *ex art. 77 Cost.* di cui era affetta la legge di conversione, in quanto carente di omogeneità e interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto legge e quelle della legge di conversione. Tuttavia al punto 5 del Considerato in diritto la Corte costituzionale aggiunge – quale argomento a supporto della reviviscenza della norma abrogata: invero *ad abundantiam*, atteso che la Corte aveva già chiarito che l'effetto non poteva non discendere dal fatto che "l'atto affetto da vizio radicale nella sua formazione fosse inidoneo ad innovare l'ordinamento e quindi ad abrogare la precedente normativa" – che «la materia del traffico illecito di stupefacenti è oggetto di obbligo di penalizzazione, in virtù dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro 2004/757/GAI fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalla rispettive leggi nazionali, Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel D.P.R. n. 390 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.».

So bene che si tratta di caso diverso e che si è in presenza di un argomento che la Corte avrebbe potuto anche risparmiarsi – interessante tutt'al più il fatto che la decisione quadro in esame era stata invocata dalle difese⁵⁰ come parametro per eccepire l'illegittimità costituzionale della normativa domestica in tema di stupefacenti, in quanto «esigerebbe una disciplina differenziata in ragione della diversa pericolosità delle tipologie di sostanze stupefacenti e psicotrope», unitamente al principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ma, come si dice, 'voce dal sen fuggita...'.

6. Osservazioni conclusive.

È giunto il momento di tirare le fila del discorso.

Davvero deflazione e obblighi di penalizzazione – o più in generale di matrice punitiva – di fonte UE sono termini antinomici?

⁴⁹ Hanno subito segnalato questo aspetto e valorizzato «l'importante (e impegnativo) *obiter dictum*» V. MANES-L. ROMANO, [L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, p. 242 ss.

⁵⁰ V. v. punto 1.4 *Ritenuto in fatto*.

Detto diversamente e muovendosi lungo il solco tracciato: i vincoli “comunitari” di punizione sono alla base, o comunque una causa importante dell’attuale inflazione penalistica, che la dottrina compattamente denuncia, e che costituisce l’oggetto del convegno odierno?

Il rischio mi pare esista: ma è utile precisare in che termini si presenti.

Non mi sembra, in linea di principio, che il rischio inflattivo rivesta carattere rilevante rispetto agli obblighi di penalizzazione *ex art. 83, paragrafo 1, TFUE*: il riferimento alle gravi sfere di criminalità con carattere transnazionale ivi menzionate – e agli indici dettati dal legislatore europeo per identificare tali sfere –, dovrebbe porre al riparo da sconfinamenti rispetto al principio di *extrema ratio*.

Sappiamo invece di casi, sopra menzionati, nei quali questi sconfinamenti sono in effetti avvenuti ma si tratta, come visto, di casi in cui il legislatore italiano era in realtà obbligato *aliunde* (ad es. dalla Convenzione di Lanzarote, nel caso dell’adescamento di minori); e comunque, almeno dal nostro punto di vista, non mi pare che l’Unione europea possa essere considerata responsabile delle nostre scelte, atteso che il legislatore italiano ha qui deciso di penalizzare ben oltre le richieste sovranazionali.

Il problema potrebbe esistere in misura maggiore, questa è l’impressione, avuto riguardo agli obblighi *ex art. 83, paragrafo 2, TFUE*: sia per la potenziale maggiore ampiezza di intervento del legislatore europeo, sia per i requisiti dettati dal legislatore – l’indispensabilità dell’intervento di armonizzazione penale per un’efficace attuazione delle politiche dell’UE; requisito su cui si è già estesamente dibattuto e che, nell’ottica di un approccio razionale alla penalizzazione, richiederà di valorizzare l’indispensabilità come pre-requisito, esigendo poi per l’imposizione di obblighi di penalizzazione il soddisfacimento degli ulteriori test penalistici in punto di sussidiarietà penale⁵¹.

La rassegna in precedenza compiuta offre comunque argomenti per trasmettere un messaggio su questo versante, almeno per ora, tranquillizzante: l’esordio degli obblighi di penalizzazione nello strumento della direttiva, avutasi con l’intervento in materia ambientale, segnala come la via seguita sia stata quella di un’armonizzazione ‘verso l’alto’, essendosi prefigurato un diritto penale dell’ambiente «costruito su una declinazione legislativa forte dell’offensività»⁵². I problemi hanno piuttosto riguardato, si è prima detto e ci tornerò brevemente subito, la trasposizione interna.

Il rischio inflattivo si pone invece in modo accentuato rispetto agli atti di fonte UE impositivi di obblighi di tutela adeguata attraverso l’ormai sperimentata clausola di stile delle sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive. Sembra questo l’ambito cui ancora oggi vale la pena riservare una particolare attenzione. Si è infatti visto come abbondino qui casi in cui il legislatore introduce fattispecie di reato a presidio di norme

⁵¹ R. SICURELLA, *La costruzione*, cit., p. 465 ss.

⁵² M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 4, 2013, p. 26.

e di interessi certo non di cruciale importanza nell'ottica del principio di ultima ratio che dovrebbe guidare la mano del legislatore nelle scelte di criminalizzazione.

Al riguardo, sicuramente non congeniale a contenere l'inflazione penalistica è il meccanismo di trasposizione oggi cristallizzato con riferimento alla legge di delegazione europea, ma in effetti già utilizzato, come visto, in precedenti leggi comunitarie. La fissazione di principi generali di delega quali quelli previsti dall'art. 32 della legge del 2012 – che verosimilmente sembrano destinati a coprire proprio queste aree di intervento – rimettono di fatto nelle mani dell'esecutivo la scelta tra sanzione penale e amministrativa, e ciò attraverso parametri (in particolare la rilevanza costituzionale dell'interesse protetto) che si può pronosticare costituiranno un argine ben poco solido all'irrompere di incriminazioni nel nostro ordinamento. E in tutti questi casi si tratterà di ipotesi contravvenzionali⁵³, come tali destinate, se si guarda al passato, ad essere poi oggetto di attenzione delle future campagne di depenalizzazione, con evidenti diseconomicità di scala dell'intera operazione (criminalizzare oggi, per depenalizzare domani, una volta constatata – tra l'altro – l'assoluta ineffettività delle fattispecie di reato nel frattempo introdotte, falcidiate dalla prescrizione).

Un riferimento a parte meritano poi i casi in cui il legislatore delegante, in presenza di direttive che richiedano la generica adozione di sanzioni penali senza però specificarne la natura e la misura, non detti principi ad hoc di delega, ma si affidi anche qui alle previsioni generali di cui all'art. 32. I rischi sono, come testimoniato dai recenti interventi in materia ambientale, di ritrovarsi con fattispecie davvero bagatellari, e senza una meditata riflessione circa gli spazi già presidiati da altre fattispecie esistenti.

Esistono qui degli antidoti?

Credo che si dovrebbe anzitutto far leva sugli anticorpi che il nuovo assetto delineato dal Trattato di Lisbona ha ideato per fronteggiare anche questi rischi.

Qui il discorso presenta, mi pare, punti di contatto con il noto dibattito sui rapporti tra legalità europea e riserva di legge, che naturalmente non posso in quest'occasione neppure sfiorare⁵⁴. La prima condizione, tuttavia, affinché il legislatore interno non si trovi a essere 'vittima' degli obblighi di penalizzazione UE è che, per tempo, concorra all'elaborazione delle scelte di politica criminale a livello dell'Unione nei casi, oramai frequenti, in cui tali scelte lì maturano. L'interlocuzione tra Governo e

⁵³ Critica la scelta del modello contravvenzionale C. CUPELLI, *La nuova legge*, cit., 415.

⁵⁴ Per dare conto dei termini dell'esteso dibattito in materia ci si limita qui a rinviare, anche per ulteriori richiami bibliografici, ai contributi di A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, 2009, p. 37 ss.; C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 535 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, in particolare p. 2251 ss.; G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di Trujillo e Viola, Bologna, 2007, p. 164 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., in particolare p. 131 ss.; F. C. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007 (36), *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), Tomo II, p. 1296 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 243 ss.

Parlamenti nazionali e tra questi ultimi e le istituzioni dell'Unione, nonché la possibilità, in casi limite, di attivare il freno di emergenza, sono presidi che vanno in questo senso. La generalizzata estensione, tranne casi particolari, della procedura legislativa ordinaria si muove pure in questa direzione.

Un percorso analogo dovrà essere compiuto nei casi in cui a venire in discussione è il permanere della soluzione penalistica: nei casi in cui l'input di penalizzazione sia sorto a livello UE e sia stato poi oggetto di attuazione da parte del legislatore interno, è nella sede in cui esso si è formato che sarà necessario ridiscutere della opportunità del mantenimento della scelta allora compiuta. D'altronde, gli stessi meccanismi che dovrebbero spingere, una volta accertata l'indispensabilità del ricorso alla pena, ad avviare processi di armonizzazione attraverso l'emanazione di direttive *ex art. 83 TFUE*, dovrebbero al contempo favorire anche i flussi in senso contrario, di modo da espungere già a livello europeo condotte sino a quel momento 'coperte' da obblighi di penalizzazione, ma per le quali il ricorso alla pena si è rivelato a conti fatti inutile o addirittura controproducente⁵⁵.

A livello interno, l'indicazione che emerge è comunque quella di chiedere al legislatore attenzione e capacità nel valutare, in sede di trasposizione, lo stato dell'arte della tutela nel nostro ordinamento e comunque nell'utilizzo del margine di manovra concesso dagli atti di fonte UE.

In quest'ottica mi sembra assolutamente da ripensare, vale la pena ribadirlo, il sistema di trasposizione legato all'art. 32 della legge del 2012: un sistema che, oltre a svuotare ancora una volta il ruolo del Parlamento, si presta facilmente all'ingresso di sanzioni penali in caso di obblighi di tutela adeguata.

Rimane infine il capitolo del rapporto tra sanzioni penali e amministrative.

L'opzione che il legislatore compie, nei casi in cui l'atto normativo dell'Unione dà spazio all'apprezzamento interno, a favore della sanzione penale trae origine da una sfiducia verso la sanzione amministrativa. Eppure non si manca oramai, in tutte le occasioni di rilievo in cui si fa il punto dello stato di salute dell'amministrazione giudiziaria, di segnalare l'abuso che si fa del diritto penale e del processo penale⁵⁶: strumenti preziosi, e dunque da usare con parsimonia, in quanto costosi sul piano personale ma anche economico. La sfida che anche il diritto di fonte UE lancia – ma in definitiva è la stessa questione che oggi ha posto al centro del dibattito la sentenza Grande Stevens sugli abusi di mercato – è quella di ragionare sul diritto punitivo amministrativo e sui suoi rapporti con il diritto penale; e di intervenire a ripensare la sanzione amministrativa, quanto a titolarità del potere di irrogarla e modalità procedurali, ogni qual volta essa risulti inefficace, preoccupandosi certo, al contempo, del delicato capitolo delle garanzie.

⁵⁵ Per queste considerazioni v. R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale*, cit., p. 488.

⁵⁶ V. ad esempio la Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, già sopra citata, in cui l'allora Primo Presidente Lupo sottolineava l'urgenza di procedere ad un'opera di depenalizzazione e di fissazione di criteri in grado di orientare il legislatore nella valutazione circa l'introduzione di nuove figure di reato, sulla scorta dell'esperienza fatta con la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1984 (v. p. 59 della relazione).

Chiudo allora con un'impressione, che nasconde un timore: non vorrei che, puntando il dito contro il legislatore europeo, si finisca con l'offrire un comodo alibi alla cattiva coscienza del legislatore nazionale.